

WYROK

z dnia 22 stycznia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **OPGK S.A. z Rzeszowa, ul. Geodetów 1, 35-328 Rzeszów oraz Geores Sp. z o.o., ul. Targowa 3, 35-064 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Piotrków Trybunalski, Pasaż Karola Rudnickiego, 97-300 Piotrków Trybunalski**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **Fotokart Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 9A, 71-541 Szczecin, X-Geo Sp. z o.o., ul. Czeska 4/6, 71-780 Szczecin, Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Vertical Sp. z o.o., ul. Stodolna 31, 44-240 Żory**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: Fotokart Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 9A, 71-541 Szczecin, X-Geo Sp. z o.o., ul. Czeska 4/6, 71-780 Szczecin, Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Vertical Sp. z o.o., ul. Stodolna 31, 44-240 Żory oraz w zakresie zarzutu uznania, że część wyjaśnień tych wykonawców objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia przez tych wykonawców informacji przedstawionych w wyjaśnieniach z dnia 7 listopada 2018 r. i załącznikach; w pozostałym zakresie zarzuty nie potwierdziły się,

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Piotrków Trybunalski, Pasaż Karola Rudnickiego, 97-300 Piotrków Trybunalski** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **OPGK S.A. z Rzeszowa, ul. Geodetów 1, 35-328 Rzeszów** oraz **Geores Sp. z o.o., ul. Targowa 3, 35-064 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Miasta Piotrków Trybunalski, Pasaż Karola Rudnickiego, 97-300 Piotrków Trybunalski** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **OPGK S.A. z Rzeszowa, ul. Geodetów 1, 35-328 Rzeszów** oraz **Geores Sp. z o.o., ul. Targowa 3, 35-064 Rzeszów** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. „Harmonizacja i weryfikacja referencyjnych baz danych oraz mapy zasadniczej dla obszaru miasta Piotrkowa Trybunalskiego” o wartości zamówienia powyżej wartości ustalonej na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”] przez Miasto Piotrków Trybunalski (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum w składzie: OPGK Rzeszów S.A. z Rzeszowa (35-328) oraz GEORES Sp. z o.o. z Rzeszowa (35-064) [dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia –konsorcjum w składzie: FOTOKART Sp. z o.o. ze Szczecina (71-5410, X-Geo Sp. z o.o. ze Szczecina (71-780) oraz Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne VERTICAL Sp. z o.o. z Żor (44-240) [dalej „konsorcjum”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 91 ust. 1, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum pomimo istnienia przesłanek do wykluczenia tego konsorcjum, względnie odrzucenia jego oferty,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum pomimo zaistnienia określonych tymi przepisami przesłanek wykluczenia, w tym niewykazania braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz wprowadzenia w błąd co do doświadczenia zawodowego,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 6 Kodeksu cywilnego i art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum pomimo tego, że złożone przez to konsorcjum wyjaśnienia wraz z dowodami nie dają podstaw do oceny, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
4. art. 8 ust. 1 i 3, poprzez zaniechanie odtajnienia całości wyjaśnień konsorcjum (w tym załączników do pisma zawierającego wyjaśnienia) złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny,
5. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 419), poprzez uznanie, że część wyjaśnień konsorcjum złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny wraz dokumentami załączonymi do tych wyjaśnień, objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa,

6. § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), poprzez uznanie spełniania przez konsorcjum warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie „Założenia bazy danych obiektów topograficznych BDOT500 zgodnej z przepisami rozporządzenia MAiC z dnia 2 listopada 2015 r. w sprawie bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej, za kwotę: minimum 300 000.00 zł brutto” (rozd. V pkt 3 ppkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), podczas gdy konsorcjum w celu wykazania spełniania w/w wymogów przedłożył protokoły przekazania przedmiotu umowy (z 20.12.2017 r. i 21.08.2018 r.) oraz faktury VAT (nr 1208/001/12/006/2017 z 20.12.2017 r. i nr 1208/002/08/007/2018 z 21.08.2018 r.), które potwierdzają wykonanie wyłącznie części przedmiotu umowy (zamówienia), a zatem nie potwierdzają „wykonania” dostawy czy usługi, zgodnie z wymogiem powyższego uregulowania,
7. § 5 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), poprzez uznanie, iż konsorcjum potwierdził brak podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu, podczas gdy przedłożone w imieniu Przedsiębiorstwa Geodezyjno-Kartograficznego VERTICAL Sp. z o.o. oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej, sporządzone 31.10.2018 r. zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym złożonym przez jednego z członków Zarządu – A. J., tj. z naruszeniem zasady reprezentacji łącznej spółki,
8. art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 26 ust. 3, poprzez przeprowadzenie przez zamawiającego postępowania w sposób godzący w zasadę poszanowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i zaniechanie wezwania konsorcjum do poprawienia błędu, względnie złożenia wyjaśnień, w przedmiocie:
 - złożonego przez Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne VERTICAL Sp. z o.o. oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez jednego tylko członka Zarządu, tj. z naruszeniem zasady reprezentacji łącznej spółki,
 - złożonego przez Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne VERTICAL Sp. z o.o. jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), w którym w Części II lit. B jako osobę uprawnioną wskazano p. M. M. z zaznaczeniem Stanowiska „prezes”, podczas gdy członkami Zarządu uprawnionymi do reprezentacji tej spółki są p. A. C. i p. A. J.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności zamawiającego w postaci wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum,
2. unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia konsorcjum,
4. nakazanie zamawiającemu odtajnienia całości informacji zawartych w złożonych w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w wyjaśnieniach konsorcjum wraz z wszelkimi dokumentami stanowiącymi załączniki do tych wyjaśnień,
5. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika według norm przepisanych,
6. dopuszczenie dowodów z dokumentów z akt postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzonego przez Miasto Piotrków Trybunalski (numer referencyjny sprawy: SPZ.271.39.2018) oraz dopuszczenie wszystkich dowodów powołanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący opisał przebieg postępowania, jak następuje.

Pismem z 09.11.2018 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał konsorcjum do złożenia oświadczeń i dokumentów wskazanych rozdziale VII pkt 4 SIWZ, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania.

Zgodnie z treścią SIWZ (rozdział V pkt 3 ppkt) – o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają m.in. warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, który uważa się za spełniony, jeśli wykonawca wykonał należycie co najmniej trzy zamówienia odpowiadające rodzajem przedmiotowi zamówienia, a w tym zamówienie polegające na: „Założenie bazy danych obiektów topograficznych BDOT500 zgodnej z przepisami rozporządzenia MAiC z dnia 2 listopada 2015 r. w sprawie bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej, za kwotę: minimum 300 000.00 zł brutto”.

Dowód:

1. pismo zamawiającego z 09.11.2018 r., SPZ.271.39.2018,
2. SIWZ w postępowaniu o nr ref. SPZ.271.39.2018.

W odpowiedzi na powyższe konsorcjum przedłożyło dokumentację – na potwierdzenie spełnienia w/w wymagania, polegającego na wykonaniu zamówienia dotyczącego założenia bazy danych obiektów topograficznych BDOT5000 za kwotę minimum 300 000.00 zł brutto (rozdz. VII pkt 4 SIWZ), konsorcjum powołało się na zamówienie wykonane na rzecz Powiatu

Jarocińskiego o wartości 345.014,84 zł, wskazując jako początek jego realizacji 05.12.2017 r. zaś koniec 21.08.2018 r.

Dowód: pismo konsorcjum z 21.11.2018 r., nr 0623/P0304/2018 wraz z załącznikami, a w tym:

- protokołem przekazania przedmiotu umowy z 20.12.2017 r.,
- fakturą VAT nr 1208/001/12/006/2017 z 20.12.2017 r.,
- protokołem przekazania przedmiotu umowy z 21.08.2018 r.,
- fakturą VAT nr 1208/002/08/007/2018 z 21.08.2018 r.

W ocenie odwołującego z analizy treści powyższych dokumentów, w tym protokołów oraz faktur, wynikają następujące wnioski:

1. łączna kwota z nich wynikająca za realizację zamówienia w zakresie założenia bazy danych obiektów topograficznych BDOT5000 w odniesieniu do Powiatu Jarocińskiego wynosi 345.014,84 zł,
2. zamówienie było realizowane w okresie: 05.12.2017 r. – 21.08.2018 r.,
3. zakres oddanych protokołami prac jest następujący: pliki wymiany danych w formacie giv. – gmina Kotlin, pliki wymiany danych w formacie giv. – jednostka ewidencyjna Kotlin, Żerków.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z 26.07.20106 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) – § 2 ust. 4 pkt 2: w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż

3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Stanął na stanowisku, że koniecznym warunkiem dla uznania potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, jest wykonanie dostawy lub usługi, a jedynie w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych przepisy prawa dopuszczają ich wykonywanie – wykonawca może wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu usług (a nie wykonaniu) tylko wyłącznie, jeśli są one okresowe lub ciągłe.

Uznał, że o tym, iż protokoły przekazania są protokołami częściowymi (nie dotyczą całego i wykonanego przedmiotu zamówienia) świadczą następujące okoliczności:

1. zgodnie z zawiadomieniem Powiatu Jarocińskiego o wyborze oferty Konsorcjum: FOTOKART Sp. z o.o. i X-Geo Sp. z o.o. dla realizacji zadania polegającego na założeniu bazy BDOT5000 dla obszaru powiatu jarocińskiego (gminy Jaraczewo, Kotlin, Żerków), cena oferty złożonej przez w/w Konsorcjum wyniosła 541.200,00 zł i była najniższą zaoferowaną ceną, jako że umowa na realizację w/w zadania opiewa na kwotę 541.200,00 zł sugeruje to, że przedstawione przez wykonawcę faktury na łączną kwotę 345.014,84 zł nie dotyczą całości usługi objętej tym zamówieniem publicznym, lecz jedynie jej części, a zatem usługa nie została wykonana,
2. w treści faktury VAT nr 1208/001/ 12/006/2017 z 20.12.2017 r. wykonawca wprost zawarł stwierdzenie, że faktura ta dotyczy jedynie częściowego odbioru prac,
3. zgodnie z załącznikami nr 1 i 7 do SIWZ dotyczącego zadania realizowanego dla Powiatu Jarocińskiego, tj. Warunkami technicznymi i projektem umowy, przedmiotem umowy jest założenie Bazy Danych Obiektów Topograficznych dla powiatu jarocińskiego, dla jednostek ewidencyjnych: Jaraczewo – miasto, Jaraczewo – obszar wiejski, Kotlin, Żerków – obszar wiejski; zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z 29.03.2001 r. w sprawie ewidencji gruntów i budynków (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1034), jednostkę ewidencyjną stanowi obszar gruntów położonych w granicach administracyjnych gminy, a w przypadku gdy w skład gminy wchodzi miejscowość o statusie miasta również w granicach administracyjnych miasta (§ 6 ust. 1 rozporządzenia). Tymczasem, jak obrazuje treść protokołów i faktur, wykonawca przekazał zamawiającemu jedynie część prac objętych przedmiotem zamówienia, tj. gminę Kotlin i Żerków, nie wykazał natomiast wykonania pozostałego zakresu zamówienia. Brak jest również dokumentu potwierdzającego ostateczne, prawidłowe i całościowe wykonanie usługi objętej zamówieniem. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z orzecznictwem KIO protokoły częściowe nie stanowią z racji swojego przeznaczenia należytego wykonania przedmiotu umowy, tylko częściowe jego wykonanie. Uzupełnił, że przez należyte wykonania przedmiotu umowy należy

rozumieć terminowe, jak i zgodne ze sztuką ich wykonanie (wyrok KIO z 24 maja 2016 r. sygn. akt KIO 782/16; wyrok KIO z 9 sierpnia 2016 r. sygn. akt: KIO 1342/16),

4. zgodnie z treścią SIWZ dla zadania realizowanego na rzecz powiatu jarocińskiego, zamawiający wymagał realizacji zamówienia w terminie do 30.11.2018 r. (pkt IV SIWZ).

W niniejszej sprawie termin składania ofert upłynął z dniem 31.10.2018 r., zaś dokumentacja mająca wg w/w wykonawcy potwierdzać doświadczenie w omawianym zakresie została zamawiającemu przedłożona jako załącznik do pisma z 21.11.2018 r. Okoliczność ta (w połączeniu z brakiem przedłożenia przez wykonawcę protokołu końcowego odbioru prac) sugeruje, że na dzień złożenia dokumentów przedmiot zamówienia dla powiatu jarocińskiego nie był wykonany, lecz był jeszcze w dalszym ciągu wykonywany,

1. w piśmie do zamawiającego z 07.11.2018 r., zawierającym wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, wykonawca stwierdza (str. 3-4), że obecnie realizuje lub kończy podobne do przedmiotu niniejszego zamówienia projekty, powołując na tę okoliczność wyciąg z umowy z Powiatem Jarocińskim na opracowanie baz BDOT500. Tymczasem wykazując doświadczenie zawodowe Wykonawca oświadczył, że zamówienie na rzecz Powiatu Jarocińskiego zostało zakończone 21.08.2018 r.

Dowód: powołane wyżej pismo konsorcjum z 21.11.2018 r., nr 0623/P0304/2018 oraz pismo konsorcjum z 07.11.2018 r., Nr 0596/P0304/2018 wraz z załącznikami. zawiadomienie przez Powiat Jarociński o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu (nr ref. R.RI.272.18.2017.BU), SIWZ dla zadania realizowanego przez wykonawcę na rzecz Powiatu Jarocińskiego, wraz z załącznikami (nr ref. R.RI.272.18.2017.BU): Nr 1 – Warunki Techniczne, Nr 7 – projekt umowy.

Podsumował, że konsorcjum nie legitymowało się w stosownym czasie wymogiem „wykonania” usługi. Podkreślił, że przedstawiona przez konsorcjum usługa, polegająca na założeniu bazy BDOT500 dla obszaru powiatu jarocińskiego nie może być przy tym uznana za świadczenie okresowe lub ciągłe – powołując się na wyrok z 28.06.2010 r. sygn. akt KIO 1083/10, KIO 1085/10 stanął na stanowisku, że ustawodawca w przepisach ustawy Pzp nie zdefiniował pojęcia usług "ciągłych lub powtarzających się okresowo"; w celu wyjaśnienia tych pojęć należy posłużyć się przepisami prawa cywilnego – w takim przypadku zgodnie z art. 14 ustawy Pzp w zakresie nie uregulowanym przepisami ustawy, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego.

Stwierdził, że wprawdzie doktryna prawa cywilnego również nie rozstrzyga, czym są usługi ciągłe lub powtarzające się okresowo, jednakże definiuje pojęcia świadczeń jednorazowych, okresowych i ciągłych: w przypadku świadczeń ciągłych wyznacznikiem zarówno rozmiaru, jak i treści świadczenia jest czas, ponieważ świadczenie ciągłe polega na

określonym, stałym zachowaniu się dłużnika przez czas trwania stosunku prawnego; z istoty rzeczy spełnienie takiego świadczenia musi więc trwać przez pewien czas.

Tytułem przykładu podał, że charakter ciągły mają świadczenia wynajmującego, wydierżawiającego, dającego w użyczenie, przechowawcy, pracownika w stosunku pracy, świadczenia przedsiębiorstw dostarczających wodę, gaz, elektryczność.

Wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez Urząd Zamówień Publicznych przez zamówienia na usługi powtarzające się okresowo należałoby rozumieć takie zamówienia, których przedmiotem są powtarzające się w określonych regularnych odstępach czasu świadczenia inne niż dostawy i roboty budowlane. Tytułem przykładu podał, że zamówieniem na usługi powtarzające się okresowo może być np. usługa cateringu (codzienne dostarczanie posiłków), sprzątanie biura lub konwojowanie pieniędzy (pod warunkiem, że odbywa się regularnie) – świadczenia takie nie mogłyby być skumulowane i wykonane jednorazowo, bez uszczerbku dla realizacji celu, któremu służą. (Opinia Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z 03.02.2009 r.). Uzupełnił, że celem usług powtarzających się okresowo jest zaspokojenie interesu zamawiającego w ciągu pewnego czasu, poprzez dokonywanie określonych czynności w sposób powtarzalny, co wynika ze stałego zapotrzebowania zamawiającego na dane usługi, które musi być regularnie zaspokajane poprzez udzielanie zamówień.

Wskazał również, że świadczeniem o charakterze jednorazowym może być świadczenie wykonawcy, które z przyczyn technicznych, technologicznych lub nawet z woli stron miało być wykonywane przez wiele lat (np. przedsięwzięcie inwestycyjne realizowane przez kilka lat) – Izba stwierdziła, że pomimo, iż świadczenie na rzecz zamawiającego było wykonywane sukcesywnie to nie pozbawia go to jego jednorazowego charakteru (wyrok KIO z 28.06.2010 r., KIO 1083/10, KIO 1085/10).

Podniósł, że z przedłożonych przez konsorcjum protokołów i faktur wynika, że usługa realizowana na rzecz Powiatu Jarocińskiego nie została (w czasie składania oferty), tj. w czasie przedkładania zamawiającemu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu) wykonana, a nie jest usługą o charakterze ciągłym lub okresowym, bowiem jest świadczeniem o charakterze jednorazowym stąd nie mogła być brana pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący, w związku z faktem powołania się przez konsorcjum na wykonanie zamówienia, polegającego na założeniu bazy danych obiektów topograficznych BDOT500 o wartości 345.014,84 zł z terminem realizacji od 05.12.2017 r. do 21.08.2018 r., odwołujący wniósł o zwrócenie się przez Krajową Izbę Odwoławczą do Powiatu Jarocińskiego (Al. Niepodległości 10, 63-200 Jarocin) o przesłanie oryginałów lub poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Powiat Jarociński następujących dokumentów:

1. umowy zawartej pomiędzy Powiatem Jarocińskim a Konsorcjum firm: FOTOKART Sp. z o.o. i X-Geo Sp. z o.o. na wykonanie zamówienia polegającego na założeniu bazy BDOT500 dla obszaru powiatu jarocińskiego, gminy Jaraczewo, Kotlin, Żerków (nr ref. sprawy: R.RI.272.18.2017.BU),
2. końcowego protokołu odbioru całości przedmiotu wskazanej powyżej umowy zawartej pomiędzy Powiatem Jarocińskim a Konsorcjum firm: FOTOKART Sp. z o.o. i X-Geo Sp. z o.o. na wykonanie zamówienia polegającego na założeniu bazy BDOT500 dla obszaru powiatu jarocińskiego, gminy Jaraczewo, Kotlin, Żerków (nr ref. sprawy: R.RI.272.18.2017.BU),
3. pisemnej informacji Powiatu Jarocińskiego w zakresie:
 - daty ostatecznego odbioru przedmiotu tego zamówienia,
 - daty, od której rozpoczął bieg okres gwarancji i rękojmi na wykonany przedmiot zamówienia na okoliczność: ustalenia szczegółowej treści łączącego Powiat Jarociński z konsorcjum stosunku zobowiązaniowego w sprawie o nr ref. sprawy: R.RI.272.18.2017.BU; ustalenia wartości zamówienia; określenia daty początkowej i końcowej realizacji zamówienia oraz daty początkowej obowiązywania gwarancji i rękojmi przedmiotu zamówienia; określenia daty ostatecznego odbioru przedmiotu zamówienia przez Powiat Jarociński.

Zdaniem odwołującego okoliczności, na które są zgłaszane powyższe wnioski dowodowe o zwrócenie się do Powiatu Jarocińskiego, mają istotne znaczenie dla wszechstronnego zbadania i rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Stwierdził, że nawet hipotetycznie przyjmując, iż w/w usługa byłaby usługą o charakterze ciągłym lub okresowym, to konsorcjum nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu (wykonania zamówienia w zakresie założenia bazy danych BDOT500 za kwotę min. 300.000,00 zł) z tego względu, iż protokół przekazania przedmiotu umowy z 20.12.2017 r. wraz z fakturą z dnia 20.12.2017 r. dotyczącą prac objętych tym protokołem na kwotę 127.000,00 zł, zostały sporządzone wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert tj. przed dniem 31.10.2018 r.

Wskazał, że zgodnie z powołanym rozporządzeniem w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (§ 2 ust. 4 pkt 2).

Uznał, że nawet przy hipotetycznym założeniu ciągłości lub okresowości usługi dla Powiatu Jarocińskiego, konsorcjum legitymowałoby się tylko protokołem częściowego odbioru prac z 21.08.2018 r. na kwotę 218.014,84 zł, a więc niższą niż wymaga przez zamawiającego w niniejszej sprawie kwota 300.000,00 zł.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 24 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia, podsumowując że zamawiający uchybiając przepisom ustawy błędnie wybrał ofertę konsorcjum, które podlegało wykluczeniu.

Wskazał jako dodatkową, ewentualną podstawę prawną wykluczenia konsorcjum art. 24 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, bowiem brak przedstawienia informacji o jedynie częściowym wykonaniu usługi dla Powiatu Jarocińskiego na dzień składania oferty i przedstawienia dowodów, mógł wprowadzić zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, względnie mógł mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający błędnie uznał, iż konsorcjum skutecznie potwierdziło brak podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Podał, że korespondencją elektroniczną e-mail z 07.11.2018 r. konsorcjum przedłożyło oświadczenia członków konsorcjum o braku przynależności do grupy kapitałowej, jednak oświadczenie złożone przez konsorcjanta – Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne VERTICAL Sp. z o.o. zostało opatrzone podpisem kwalifikowanym złożonym tylko przez jednego z członków Zarządu tej spółki – A. J. w sytuacji, gdy zarząd spółki jest wieloosobowy (wieloosobowa reprezentacja spółki) a tym samym do składania oświadczeń, konieczne jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Uzupełnił, że w spółce nie została ustanowiona prokura, zatem oświadczenie winno zostać podpisane zarówno przez A. J., jak i drugiego członka Zarządu A. C..

Podsumował, że tym samym nie można było tego oświadczenia uznać za skutecznie złożone i wywołujące skutki prawne. Stwierdził, że w niniejszej sprawie zamawiający nie dokonał żadnej czynności, nie wezwał do złożenia wyjaśnienia czy uzupełnienia i w wyniku swojej beczynności uznał, że złożone przez w/w spółkę oświadczenie jest skuteczne.

Dowód:

1. korespondencja elektroniczna e-mail konsorcjum do zamawiającego z 07.11.2018 r., godz. 18:04, wraz z załącznikami – oświadczeniami konsorcjantów o przynależności do grupy kapitałowej oraz raportami weryfikacji podpisu,
2. pismo konsorcjum z 21.11.2018 r., nr 0623/P0304/2018, wraz z załącznikami (w tym odpisem elektronicznym KRS spółki Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne VERTICAL sp. z o.o. z dnia 07.08.2018 r.)

Wskazał, że zgodnie z § 5 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.07.20106 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), oświadczenia

wykonawcy o przynależności albo braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej są składane w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Stwierdził, że z uwagi na brak złożenia skutecznego oświadczenia w tym przedmiocie, konsorcjum, stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, winien zostać przez zamawiającego wykluczony z postępowania z uwagi na niewykazanie braku podstaw wykluczenia.

Odwołujący zarzucił także przeprowadzenie przez zamawiającego postępowania w sposób godzący w zasadę poszanowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i zaniechanie wezwania konsorcjum do poprawienia błędu, względnie złożenia wyjaśnień, w przedmiocie złożonego przez Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne VERTICAL Sp. z o.o. jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), w którym w Części II lit. B jako osobę uprawnioną wskazano M. M. z zaznaczeniem Stanowiska „prezes”, podczas gdy członkami Zarządu uprawnionymi do reprezentacji tej spółki są A. C. i A. J.. Dowód: korespondencja elektroniczna e-mail konsorcjum do zamawiającego z 30.10.2018 r., godz. 16:03, wraz z załącznikami – jednolitymi europejskimi dokumentami zamówienia (JEDZ)

W odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp) odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający błędnie przyjął, że wyjaśnienia konsorcjum wraz z przedłożonymi dowodami nie dają podstaw do oceny, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w rezultacie dokonał wyboru tejże oferty.

Podał, że pismem z 31.10.2018 r. zamawiający wezwał konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny na realizację przedmiotu zamówienia, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 07.11.2018 r., konsorcjum udzieliło wyjaśnień.

Dowód:

1. pismo zamawiającego z 31.10.2018 r., SPZ.271.39.2018,
2. pismo konsorcjum z 07.11.2018 r. Nr 0596/P0304/2018 wraz z załącznikami.

Odwołujący podniósł, że cena oferty konsorcjum (720.780,00 zł brutto) znacząco odbiega od kwoty, jaką sam zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (1.147.000,00 zł) – cena ta jest o ponad 37% niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia.

Odnosząc się natomiast do wyjaśnień konsorcjum, odwołujący wskazał, co następuje.

- na str. 1-2 konsorcjum powołuje się na doświadczenie w realizacji zamówień publicznych, których przedmiot rodzajowo i zakresowo odpowiada przedmiotowi

zamówienia w niniejszym postępowaniu; konsorcjum posługuje się ogólnym stwierdzeniem, bez przełożenia tego w jakimkolwiek aspekcie na wykonaną kalkulację cenową; argument ten jest ponadto o tyle nietrafny, że z uwagi na wysokie wymagania zamawiającego co do zdolności technicznych i doświadczenia (rozdział V pkt 3 i rozdział VII pkt 4 SIWZ), każdy podmiot chcący ubiegać się o udzielenie zamówienia musiał legitymować się znacznym doświadczeniem, które byłoby przez niego uwzględniane przy szacowaniu ceny oferty,

- na str. 2 wyjaśnień konsorcjum powołuje się lakonicznie na dobór do wykonania zamówienia osób, które wykonywały już zadania podobne w związku z tym nie ma konieczności uwzględnienia w wycenie dnia roboczego godzin przeznaczonych na zapoznanie się ze specyfiką zadania – jest to jedynie subiektywna ocena konsorcjum nie poparta żadnymi dowodami kwalifikacji czy doświadczenia pracowników, określeniem przeciętnego poziomu wynagrodzenia i kosztów pracowników, ani wyliczeniami w zakresie wpływu tych czynników na cenę oferty. Zdaniem odwołującego wyjaśnienia konsorcjum zawierają istotną sprzeczność na str. 4 wyjaśnień konsorcjum przyznaje, że w procesie realizacji przedmiotu zamówienia będą uczestniczyć praktykanci, co oznacza konieczność uwzględnienia jednak przez konsorcjum w wycenie dnia roboczego godzin przeznaczonych na zapoznanie praktykantów, tj. osób z natury rzeczy zdobywających dopiero doświadczenie, ze specyfiką całego zamówienia).
- na str. 2 wyjaśnień konsorcjum opiera się na argumente, że zaoferowana cena wynika z zastosowanej w przedsiębiorstwie odpowiedniej optymalizacji procesu zarządzania zasobami, a odpowiednia struktura i obowiązujące wewnątrzzakładowo systemy kontroli jakości pozwalają na obniżanie kosztów własnych i składanie konkurencyjnych cenowo ofert – również i w tym fragmencie wyjaśnienia są iluzoryczne i nie stanowią wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen. Niewątpliwie systemy zarządzania, struktura organizacyjna i kontrola jakości jest obecnie standardem w bieżącej działalności spółek, tym bardziej takich, które realizowały zamówienia publiczne. Wykonawca nie wyjaśnił w żaden sposób czym cechują się te elementy w jego przedsiębiorstwie (lub odróżniają od elementów funkcjonujących w innych przedsiębiorstwach z branży), że pozwalają mu na obniżenie ceny ofertowej do przyjętego poziomu,
- w ramach wyjaśnień konsorcjum powołuje się na stosowane w przedsiębiorstwie oprogramowanie i sprzęt, którym dysponuje – informacje te zawierają, wbrew art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, tylko ogólne stwierdzenia i nie wyjaśniają, czy i jaki wpływ mają poszczególne czynniki na konkretną wysokość zaoferowanej ceny. Odpowiedź wykonawcy nie może być lakoniczna i powierzchowna, aby można ją było potraktować

jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska.

Odwołujący stwierdził, że w związku z nieuzasadnionym zatajeniem przez zamawiającego zawartej w wyjaśnieniach wykonawcy kalkulacji ceny i załączników, został pozbawiony możliwości odniesienia się do tej kalkulacji, podnosząc że przedstawienie kalkulacji kosztów usług składających się na zamówienie nie jest wystarczające, bowiem celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a samo zestawienie w wyjaśnieniu cen poszczególnych usług, które złożyły się na ogólną cenę oferty nie pozwala na dokonanie prawidłowej oceny tego, czy zawiera rażąco niską cenę, ponieważ ma charakter wyjaśnień iluzorycznych i nie zawiera wyjaśnień elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen. W ocenie odwołującego jest to sytuacja równoznaczna z tą, jak gdyby wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w ogóle nie złożył wyjaśnień, a to z kolei oznacza, że oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2008 r., V Ca 1784/08).

Podsumował, że konsorcjum nie sprostało wykazaniu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zamawiający niezgodnie z treścią art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp dokonał wyboru oferty konsorcjum podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu.

W odniesieniu do nieuzasadnionego częściowego utajnienia przez zamawiającego wyjaśnień konsorcjum w zakresie ceny (w tym kalkulacji ceny i załączników do wyjaśnień) odwołujący wskazał, że uniemożliwiło mu to szczegółowe odniesienie się do treści tych wyjaśnień i utrudniło wniesienie niniejszego środka odwoławczego.

Podał, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślił, że ustawodawca wskazuje w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp termin zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wykonawca zobligowany jest dokonać tego nie później niż w terminie składania ofert – późniejsze zastrzeżenie jawności części informacji nie powinno być uznawane za skuteczne, w sytuacji gdy wykonawca nie zawarł stosownej informacji już w ofercie; brak takiego zastrzeżenia w ofercie winien czynić nieskutecznym zastrzeżenie dokonane dopiero przy złożeniu wyjaśnień.

Podał, że w niniejszej sprawie konsorcjum przy składaniu oferty nie wskazało, aby jakiegolwiek informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępnione innym uczestnikom postępowania.

Dowód: formularz ofertowy konsorcjum.

Wskazał nadto, że konsorcjum, uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, argumentowało to wyłącznie tym, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach nie zostały przekazane do wiadomości publicznej, a krąg osób, którym są znane okoliczności zawarte w wyjaśnieniach, został ograniczony do osób zajmujących kierownicze stanowiska w firmach będących członkami konsorcjum, co nie spełnia jednak przesłanki z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – ogólnikowe wyjaśnienia i niczym niepotwierdzone twierdzenia, że zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej nie są wystarczające, ponieważ dla „wykazania” nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. (wyroki KIO sygn. KIO 568/15 i KIO 570/15)

Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony; brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia, wykonawca winien w sposób pełny i precyzyjny odnieść się do każdego zastrzeżonego dokumentu lub do jego utajnionej części.

Wyjaśnienia winny być na tyle pełne, aby umożliwić zarówno zamawiającemu jak i organowi rozpatrującemu ewentualne odwołanie w tym zakresie, odniesienie się do zastrzeżonych informacji.

Podniósł, że zasada jawności jest podstawową zasadą zamówień publicznych i wyjątki od niej powinny interpretowane w sposób ścisły i winny być odpowiednio uzasadnione. Niepodejmowanie przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany czekając, że to orzeczenie KIO zwolni go z ryzyka odpowiedzialności za ewentualne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa danego wykonawcy jest nie do zaakceptowania (wyrok KIO z 26.01.2012 r., sygn. akt: KIO 100/12).

Podał, że zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 419) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem

informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Stanął na stanowisku, że konsorcjum nie wskazywało, aby informacje zawarte w wyjaśnieniach miały dla niego istotne znaczenie, czy też aby posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą – nie podjął nawet próby uprawdopodobnienia, aby podjął jakiegokolwiek działania w celu utrzymania ich w poufności, wobec czego zamawiający błędnie uznał skuteczność zastrzeżenia części wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uzupełnił, że zastrzeżenie informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest taktowane jako bezskuteczne i powinno skutkować ich odtajnieniem (uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., III CZP 74/05), a zamawiający jest zobowiązany do badania i oceny skuteczności dokonanego przez danego wykonawcę zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym do oceny, czy wykonawca w istocie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i czy zastrzegł je prawidłowo, w tym w terminie określonym w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Stwierdził, że zamawiający nie wywiązał się w sposób należyty z nałożonych na niego przez ustawodawcę obowiązków – w sposób bezkrytyczny przyjął treść lakonicznego oświadczenia o zastrzeżeniu tajemnicy wyjaśnień, uznając je za prawidłowe i skuteczne. Treść wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez konsorcjum zawiera jedynie stwierdzenie o tym, że wyjaśnienia w zakresie niskiej ceny (w tym sporządzona kalkulacja) zawiera dane, które nie są ujawniane do wiadomości ogólnej – są to ogólne stwierdzenia.

Podniósł, że konsorcjum nie wykazało, która konkretnie informacja stanowić ma tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ jako tajemnica przedsiębiorstwa została zastrzeżona całość wyjaśnień rażąco niskiej ceny; oczywistym jest, że kalkulacja ceny została sporządzona na potrzeby niniejszego postępowania (jako obliczenie ceny w postępowaniu).

Podkreślił, że kalkulacja w postaci kosztorysu jest to przedstawienie kalkulacji ceny, która jest w postępowaniu jawna i jako taka nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego zastrzeżenie takie ma tylko i wyłącznie na celu utrudnienie konkurencji weryfikacji zaofiarowanej przez konsorcjum ceny, a tym samym służy do ewentualnego utrudnienia możliwości wniesienia środków ochrony prawnej.

Dodatkowo podkreślił, że konsorcjum nie wykazało, jakie szczególne środki zostały przez nie podjęte w celu ochrony takiej tajemnicy; nie wykazano stosowania szczególnego postępowania dla zabezpieczenia tego, co konsorcjum przedstawiał jako tajemnica przedsiębiorstwa (w tym kosztorysu), wobec czego należało uznać, że konsorcjum nie wykazało spełnienia przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa,

wskazanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (powołał się na wyrok KIO z 01.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1632/17, KIO 1662/17).

Odwołujący podniósł, że ciężar udowodnienia zaistnienia wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na zamawiającym – w przypadku, gdy nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których tajność zastrzegł wykonawca.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 17 grudnia 2018 r., w tym dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odwołania z dnia 20 grudnia 2018 r., Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 16 stycznia 2018 r., dokumentów złożonych przez uczestników na rozprawie, a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił w dalszej kolejności, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty przystępującego – zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy oznaczałoby, że odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty:

- zaniechania wykluczenia konsorcjum pomimo zaistnienia przesłanek wykluczenia, w tym niewykazania braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz wprowadzenia w błąd co do doświadczenia zawodowego, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp,
- uznania spełniania przez konsorcjum warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie „Założenia bazy danych obiektów topograficznych BDOT500 zgodnej z przepisami

rozporządzenia MAiC z dnia 2 listopada 2015 r. w sprawie bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej, za kwotę: minimum 300 000.00 zł brutto” (rozdz. V pkt 3 ppkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), podczas gdy konsorcjum w celu wykazania spełniania w/w wymogów przedłożył protokoły przekazania przedmiotu umowy (z 20.12.2017 r. i 21.08.2018 r.) oraz faktury VAT (nr 1208/001/12/006/2017 z 20.12.2017 r. i nr 1208/002/08/007/2018 z 21.08.2018 r.), które potwierdzają wykonanie wyłącznie części przedmiotu umowy (zamówienia), a zatem nie potwierdzają „wykonania” dostawy czy usługi, zgodnie z wymogiem powyższego uregulowania, czym zamawiający naruszył § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W przypadku oczekiwanej zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający ustanowił (w zakresie zakwestionowanym przez odwołującego) następujący warunek udziału w postępowaniu: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali zamówienie, polegające na „*Założeniu bazy danych obiektów topograficznych BDOT500 zgodnej z przepisami rozporządzenia MAiC z dnia 2 listopada 2015 r. w sprawie bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej, za kwotę: minimum 300 000.00 zł brutto*” – (Rozdział V pkt 3 ppkt 1 wariant I SIWZ).

Zamawiający wskazał także, iż wykonawca, którego oferta zostanie oceniona najwyżej zostanie wezwany przez zamawiającego do złożenia Wykazu usług wg załącznika nr 5 do SIWZ wraz z dowodami określającymi czy te usługi zostały wykonane należycie. Dowodami tym mogły być: referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy (Rozdział VII pkt 4 ppkt 1) SIWZ). Zamawiający wskazał nadto, że „*w przypadku, gdy wykonawca wykonał w ramach jednego kontraktu/umowy większy zakres prac, dla potrzeb niniejszego postępowania winien wyodrębnić zakres/rodzaj usług (...) i podać jego wartość*”.

Opracowany przez zamawiającego wzór załącznika nr 5 do SIWZ – „Doświadczenie zawodowe” przewidywał podanie nazwy i adresu zamawiającego (kolumna 1 tabeli), wartości zamówienia (kolumna 2 tabeli), miejsca wykonania zamówienia oraz jego zakresu (kolumna 3 tabeli), a także czasu realizacji (początek i koniec, poprzez wskazanie miesiąca i roku) [kolumna 4 i 5 tabeli]. Opis kolumny 2 zamawiający dodatkowo opatrzył treścią (symbol „*“): „*w przypadku, gdy wykonawca wykonał w ramach jednego kontraktu/umowy większy zakres*

prac, dla potrzeb niniejszego postępowania winien wyodrębnić zakres/rodzaj usług wymaganych przez zamawiającego i podać jego wartość:

Pismem z dnia 9 listopada 2018 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał konsorcjum do złożenia oświadczeń i dokumentów wskazanych w rozdziale VII pkt 4 SIWZ, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania.

Odpowiadając na ww. wezwanie zamawiającego konsorcjum złożyło – wypełniony wg wzoru nr 5 do SIWZ – formularz „Doświadczenie zawodowe”, w którym w pozycji 1 wskazało jako zamawiającego Powiat Jarociński, wartość zamówienia – 345 014,84 zł, miejsce wykonania i zakres zamówienia – założenie bazy danych obiektów topograficznych BDOT500 zgodne z przepisami rozporządzenia MAiC z dnia 2 listopada 2015 r. w sprawie bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej, czas realizacji – 05.12.2017 – 21.08.2018.

Do formularza konsorcjum załączyło:

- protokół przekazania przedmiotu umowy z 20.12.2017 r., podpisany przez osoby ze strony wykonawcy i zamawiającego, w którym zamawiający potwierdził otrzymanie „*Pliku wymiany danych w formacie giv. – gmina Kotlin*” z adnotacją, że „*Zamawiający nie wnosi zastrzeżeń co do ilości, jakości i terminu otrzymanych materiałów oraz potwierdza, że prace zostały wykonane z należyta starannością*” oraz „*(...) niniejszy protokół stanowi podstawę do wystawienia rachunku*”,
- fakturę VAT nr 1208/001/12/006/2017 z 20.12.2017 r. wystawioną przez Fotokart Sp. z o.o. ze Szczecina dla nabywcy – Powiatu Jarocińskiego, odbiorcy: Starostwa Powiatowego w Jarocinie, w której jako nazwę usługi ujęto „*Założenie BDOT500 dla obszaru powiatu jarocińskiego – częściowy odbiór prac*” na kwotę 127 000, 00 zł; wpływ do starostwa: 20.12.2017 r.
- protokół przekazania przedmiotu umowy z 21.08.2018 r., podpisany przez osoby ze strony wykonawcy i zamawiającego, w którym zamawiający potwierdził otrzymanie „*Pliku wymiany danych w formacie giv. – jednostka ewidencyjna Kotlin, Żerków*” z adnotacją, że „*Zamawiający nie wnosi zastrzeżeń co do ilości, jakości i terminu otrzymanych materiałów oraz potwierdza, że prace zostały wykonane z należyta starannością*” oraz „*(...) niniejszy protokół stanowi podstawę do wystawienia rachunku*”,
- fakturę VAT nr 1208/002/08/007/2018 z 21.08.2018 r. wystawioną przez Fotokart Sp. z o.o. ze Szczecina dla nabywcy – Powiatu Jarocińskiego, odbiorcy: Starostwa Powiatowego w Jarocinie, w której jako nazwę usługi ujęto „*Założenie BDOT500 dla obszaru powiatu jarocińskiego – jednostka ewidencyjna Kotli, Żerków*” na kwotę

218 014,84 zł; otrzymanie faktury, jako uprawniony, potwierdził Dyrektor Wydziału Geodezji i Gospodarki Nieruchomościami Geodeta Powiatowy K. S..

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wskazuje, że podobnie jak odwołujący, zamawiający nie zakwalifikował usługi z pozycji 1 formularza konsorcjum „*Doświadczenie zawodowe*” za świadczenie okresowe lub ciągłe – zamawiający oświadczenie w tym zakresie złożył na rozprawie. Wobec tego odnoszący się do świadczeń okresowych lub ciągłych wymóg, aby dowody na potwierdzenie należytego wykonania usług były wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem składania ofert nie miał zastosowania do dokumentów złożonych przez konsorcjum i mógł stanowić podstawy do uznania, że konsorcjum, składając dokumenty wystawione wcześniej, nie wykazało spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Na tej podstawie, że przedłożone przez konsorcjum protokoły przekazania są protokołami częściowymi – nie dotyczą całego wykonanego przedmiotu zamówienia odwołujący twierdził, że nie mogą one stanowić potwierdzenia należytego wykonania wskazanej w pozycji 1 formularza konsorcjum usługi.

Jednak w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający w SIWZ wprost wskazał możliwość wykazania przez wykonawcę doświadczenia zawodowego także poprzez wykazanie wykonania węższego zakresu prac/usług niż „cała” umowa (zamówienie). Istotnym wobec tego było nie to, że konsorcjum nie wykonało w terminie do 21 sierpnia 2018 r. całości przedmiotu umowy (całości zamówienia) za cenę 541.200,00 zł, ale to, że konsorcjum wykonało część przedmiotu tej umowy – część usług stanowiących przedmiot umowy – o wartości 345.014,84, której to wartości odwołujący nie kwestionował.

Z przedłożonej przez odwołującego umowy z dnia 5 grudnia 2017 r. zawartej pomiędzy konsorcjum w składzie: Fotokart Sp. z o.o. ze Szczecina oraz X-Geo Sp. z o.o. ze Szczecina a Powiatem Jarocińskim wynika, że jej przedmiotem jest założenie BDOT500 dla następujących jednostek ewidencyjnych: Jaraczewo – miasto, Jaraczewo – obszar wiejski, Kotlin, Żerków – obszar wiejski (Rozdział III SIWZ oraz § 1 ust. 1 umowy).

Konsorcjum, poprzez oświadczenie w formularzu „*Doświadczenie zawodowe*”, iż wykonało „*Założenie bazy danych obiektów topograficznych BDTO (...)*” o wartości 345 014,84 zł oraz, poprzez złożone protokoły i faktury dotyczące jednostek ewidencyjnych Kotlin i Żerków, w których to dokumentach osoby ze strony zamawiającego – odbiorcy przyjęły opracowane materiały bez zastrzeżeń i uznały, że fakt ten stanowi podstawę do wystawienia rachunku wykazało, że legitymuje się zdolnościami opisanymi przez zamawiającego w SIWZ w odniesieniu do pozycji 1.

Data faktury z 20.12.2017 r. na założenie BDOT500 (częściowy odbiór) odpowiada protokołowi z tego samego dnia, faktura z 21.08.2018 r. na założenie BDOT500 (dla jednostek Kotlin i Żerków) także odpowiada protokołowi z tego samego dnia.

Zaznaczyć przy tym należy, że odwołujący nie kwestionował dopuszczalności złożenia protokołów na potwierdzenie należytego wykonania, ale to jedynie, że są to protokoły częściowe, nie kwestionował także dopuszczalności ich złożenia na potwierdzenie należytego wykonania „w zestawie” z fakturami.

Przyznać należy rację odwołującemu co do tego, że faktury „mogły zostać zakwestionowane”, jednak ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na odwołującym. Odwołujący nie wykazał zaś tego, że faktury zostały zakwestionowane.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że konsorcjum wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a w konsekwencji, że nie potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Zarzuty: zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień konsorcjum (w tym załączników do pisma zawierającego wyjaśnienia) złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny, czym zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 1 i 3 oraz zarzut uznania przez zamawiającego, że część wyjaśnień konsorcjum złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny wraz dokumentami załączonymi do tych wyjaśnień, objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, czym zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 419) potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 31 października 2018 r. zamawiający wezwał konsorcjum, z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny – „szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej”, powielając w dalszej części wezwania brzmienia art. 90 ust. 1 pkt 1) – 5) ustawy Pzp.

Pismem z dnia 7 listopada 2018 r., konsorcjum udzieliło odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego, załączając szereg dokumentów w szczególności w postaci referencji, protokołu odbioru, Świadectwa ukończenia studiów podyplomowych, umów. Całość wyjaśnień została, z powołaniem się na przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zastrzeżona jako zawierająca informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Konsorcjum w następujący sposób uzasadniło to zastrzeżenie: „*Jednocześnie oświadczam, iż zawarte w niniejszych wyjaśnieniach informacje nie zostały przekazane przez*

Wykonawcę do wiadomości publicznej, w tym w szczególności nie zostały ujawnione w żadnych publicznie dostępnych rejestrach, ewidencjach i zasobach. Nadto, poprzez stosowne umowy i zobowiązania do zachowania w tajemnicy zawarte z osobami pracującymi lub współpracującymi z Wykonawcą, krąg osób któremu znane są okoliczności zawarte w niniejszych wyjaśnieniach w tym w szczególności sposób wyliczenia ceny oraz procentowy udział poszczególnych składników w cenie, został ograniczony do osób zajmujących kierownicze stanowiska w firmach będących członkami Konsorcjum (...) oraz dwóch radców prawnych.”

Pismem z dnia 23 listopada 2018 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty konsorcjum.

Skład orzekający Izby ustalił nadto w toku rozprawy, że Zamawiający udostępnił odwołującemu część wyjaśnień konsorcjum, tj. „zaczernił” Kalkulację kosztów, ujętą na stronach 4-5 oraz pojedyncze słowa i zdania, w tym wykaz załączników.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp „Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.”, „Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.”

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu”.

Art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419) brzmi: „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które w całości lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania ich w poufności.”

Wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie

udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Podkreślić należy obowiązek zastrzegającego informacje wykonawcy, polegający na wykazaniu, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *"Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych."*

Jak wskazano powyżej na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, w konsekwencji czego rolą zamawiającego w toku badania ofert (w tym przypadku wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny) jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał.

W tym miejscu, wobec stanowiska odwołującego, że zastrzeżenie wyjaśnień składanych na etapie oceny ofert później, niż z dniem składania ofert jest spóźnione, przypomnieć należy, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku składania wyjaśnień po upływie terminu składania ofert właściwym momentem do uzasadnienia zastrzeżenia jest chwila składania wyjaśnień. Nie można bowiem żądać od wykonawców, aby do dnia złożenia ofert przewidywali fakt wezwania do złożenia wyjaśnień na etapie oceny ofert, przedmiot wezwania, czy oczekiwania zamawiającego. W przeciwnym wypadku byłoby oni zmuszeni do – z ostrożności – zastrzegania treści ewentualnych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób także pominąć, że obowiązkiem wykonawcy zastrzegającego informacje jest wykazanie, że rzeczywiście informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazanie byłoby oczywiście niemożliwe skoro wykonawca nie wie, przed terminem składania ofert, udzielenie jakich informacji będzie konieczne, aby sprostać wezwaniu zamawiającego.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji w piśmie z dnia 7 listopada 2018 r. i załącznikach, konsorcjum zobowiązane było wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja w całości lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
3. uprawniony podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, przy czym przesłanka "posiadający wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji "innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej.

O ile konsorcjum w swoim piśmie z dnia 7 listopada 2018 r. odniosło się do przesłanek z pkt. 2 [*"(...) informacje nie zostały przekazane przez Wykonawcę do wiadomości publicznej, w tym w szczególności nie zostały ujawnione w żadnych publicznie dostępnych rejestrach, ewidencjach i zasobach"*] i 3 [*"poprzez stosowne umowy i zobowiązania do zachowania w tajemnicy zawarte z osobami pracującymi lub współpracującymi z Wykonawcą, krąg osób któremu znane są okoliczności zawarte w niniejszych wyjaśnieniach w tym w szczególności sposób wyliczenia ceny, został ograniczony do osób zajmujących kierownicze stanowiska w firmach będących członkami Konsorcjum (...) oraz dwóch radców prawnych"*] – abstrahując nawet od oceny, czy było to wystarczające, o tyle przede wszystkim w uzasadnieniu konsorcjum brak było jakiegokolwiek odniesienia się do przesłanki z pkt. 1, tj. konsorcjum nie wskazało w ogóle jaki charakter mają zastrzegane informacje (organizacyjne, handlowe ?) i jaką mają wartość gospodarczą.

Już powyższy brak, wobec obowiązku kumulatywnego wykazania przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przesądza o konieczności uznania, iż konsorcjum nie wykazało, jak wymaga tego przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W konsekwencji obowiązkiem zamawiającego było udostępnienie odwołującego całości wyjaśnień przystępującego, tj. wraz z załącznikami, czego zaniechał.

Skład orzekający Izby uznał przy tym, iż naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zaniechanie udostępniania odwołującemu wyjaśnień pozbawiło go możliwości ich weryfikacji pod kątem zaferowania przez konsorcjum rażąco niskiej ceny w szczególności co do przyjętej przez konsorcjum liczby roboczogodzin ściśle powiązanej z przyjętymi kosztami pracy za godzinę, a tym samym oceny istnienia przesłanki odrzucenia oferty konsorcjum w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co może mieć wpływ na wynik postępowania. Ustawa zabrania bowiem zamawiającemu udzielenia zamówienia wykonawcy (uprzednio wyboru oferty), który nie został wybrany zgodnie z jej przepisami (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp a contrario).

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że potwierdzenie się zarzutów odwołania dotyczących zastrzeganych przez przystępującego jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa informacji musi skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przyjęcie odmiennego stanowiska powoduje niecelowość stawiania tego rodzaju zarzutów, gdyż nawet ich potwierdzenie w toku postępowania odwoławczego nie będzie otwierało wykonawcy drogi do wniesienia odwołania, w którym po zapoznaniu się z ofertą konkurenta mógłby zakwestionować prawidłowość badania i oceny oferty konkurenta, w szczególności zaniechanie jej odrzucenia z powodu zaferowania ceny rażąco niskiej.

Tożsame stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w orzeczeniu z dnia 10 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 552/17, w którym stwierdzono m. in.: "*Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że w rozpoznawanej sprawie drogi do wniesienia odwołania nie otwiera nakazanie Zamawiającemu jedynie czynności ujawnienia treści niezasadnie zastrzeżonych wyjaśnień, złożonych przez (...) na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, ponieważ ww. nakaz nie jest jednocześnie połączony z uchycieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia (...).*"

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum pomimo tego, że złożone przez to konsorcjum wyjaśnienia wraz z dowodami nie dają podstaw do oceny, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 6 Kodeksu cywilnego i art. 14 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Ocena, czy konsorcjum zaferowało cenę rażąco niską winna zostać dokonana – co oczywiste wobec brzmienia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp („*dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami*” – w oparciu o całość wyjaśnień złożonych przez to konsorcjum, na

wezwanie zamawiającego, w piśmie z dnia 7 listopada 2018 r., tj. w oparciu o pełną treść tych wyjaśnień (w tym kalkulacji kosztów), jak i załączonych doń dokumentów (dowodów).

I choć skład orzekający Izby podzielił stanowisko odwołującego co do tego, że udostępniona odwołującemu dotychczas treść wyjaśnień konsorcjum nie uzasadniała oceny, że konsorcjum wykazało, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej – nie może o realności zaoferowanej ceny świadczyć samo doświadczenie wykonawcy, przyjęty sposób zarządzania zasobami, czy wykorzystywanie narzędziowego oprogramowania – zwłaszcza w sytuacji braku wskazania, jakie ma to znaczenie/wpływ/przełożenie na wysokość zaoferowanej ceny, to nie można pominąć pozostającej dotąd w tajemnicy treści wyjaśnień konsorcjum.

Odrzucenie oferty konsorcjum z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej na podstawie jedynie części wyjaśnień w sytuacji, gdy – jak wskazał zamawiający na rozprawie – kluczową częścią tych wyjaśnień stanowiła kalkulacja kosztów, której odwołujący nie znał (abstrahując od przyczyn) jest nie do zaakceptowania. Konsorcjum zostałoby w istocie ukarane za zaniechanie zamawiającego, polegające na tym, że odwołującemu nie udostępniono wyjaśnień konsorcjum w całości.

Po zapoznaniu się z treścią złożonych przez konsorcjum wyjaśnień w całości (co wobec nakazu uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez konsorcjum informacji przedstawionych w wyjaśnieniach z dnia 7 listopada 2018 r. i załącznikach – czego odwołujący oczekiwał w pkt. 4 wniosków – żądań będzie możliwe) odwołujący będzie mógł złożyć odwołanie – będzie mógł sformułować zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że w obecnym stanie rzeczy zarzut nie potwierdził się.

Zarzut uznania przez zamawiającego, iż konsorcjum potwierdziło brak podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu, podczas gdy przedłożone w imieniu Przedsiębiorstwa Geodezyjno-Kartograficznego Vertical Sp. z o.o. oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej, sporządzone 31.10.2018 r. zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym złożonym przez jednego z członków Zarządu – A. J., tj. z naruszeniem zasady reprezentacji łącznej spółki, czym zamawiający naruszył § 5 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący nie kwestionował, że „Oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej” Przedsiębiorstwa Geodezyjno-Kartograficznego Vertical Sp. z o.o. z Żor z 31.10.2018 r. zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym złożonym przez

A. J.. Twierdził natomiast, że oświadczenie to zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym złożonym wyłącznie przez wskazaną osobę, co narusza zasady reprezentacji łącznej spółki.

Na podstawie wydrukowanego potwierdzenia o poprawnym zweryfikowaniu podpisu („Podpis złożony w pliku „Załącznik Nr 4 Oświadczenie wykonawcy o przynależności do grupy kapitałowej_Vertical.docx.xades przez „A. C.” w dniu 2018-10-31 11:14:28, certyfikatem kwalifikowanym o numerze (...) wydanym przez (...), został poprawnie zweryfikowany na podstawie lisy (...) o numerze seryjnym (...) z dnia 2018-12-18T13:17:30Z”) skład orzekający Izby ustalił, że „Oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej” Przedsiębiorstwa Geodezyjno-Kartograficznego Vertical Sp. z o.o. z Żor z 31.10.2018 r. zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym złożonym przez A. C. .

W Informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców (stan na dzień 07.08.2018 godz. 13:02:15) dla spółki Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Vertical:

- w Rubryce 1 – Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu pkt 2 Sposób reprezentacji podmiotu wskazano: „W przypadku, kiedy zarząd spółki jest wieloosobowy, do reprezentacji spółki konieczne jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem”,
- w Podrubryce 1 Dane osób wchodzących w skład organu wskazano: w pozycji 1 – A. C. – Członek zarządu – Dyrektor oraz w pozycji 2: A. J. – Członek zarządu – Dyrektor.

Uwzględniając powyższe ustalenia, skład orzekający Izby uznał, że ww. oświadczenie zostało opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi złożonymi przez obu ujawnionych w KRS członków zarządu, uprawnionych do łącznej reprezentacji ww. spółki.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania w sposób godzący w zasadę poszanowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i zaniechania wezwania konsorcjum do poprawienia błędu, względnie złożenia wyjaśnień, w przedmiocie:

- złożonego przez Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Vertical Sp. z o.o. oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez jednego tylko członka zarządu, tj. z naruszeniem zasady reprezentacji łącznej spółki – zakres 1 zarzutu,
- złożonego przez Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Vertical Sp. z o.o. jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), w którym w Części II lit. B jako osobę

uprawnioną wskazano p. M. M. z zaznaczeniem Stanowiska „prezes”, podczas gdy członkami zarządu uprawnionymi do reprezentacji tej spółki są A. C. i A. J. – zakres 2 zarzutu, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Wobec ustalenia, że złożone przez Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Vertical Sp. z o.o. „*Oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej*” zostało opatrzonego kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi złożonymi przez obu członków zarządu, tj. zgodnie z zasadą reprezentacji łącznej spółki, o czym była mowa w odniesieniu do zarzutu poprzedniego, skład orzekający Izby uznał, że konsorcjum nie popełniło błędu i bezprzedmiotowe jest składanie przez konsorcjum wyjaśnień, a tym samym, że zarzut w zakresie 1 nie potwierdził się.

W odniesieniu do zakresu 2 zarzutu skład orzekający Izby ustalił, że rzeczywiście w dokumencie JEDZ Przedsiębiorstwa Geodezyjno-Kartograficznego Vertical Sp. z o.o. w Części II lit. B jako osobę uprawnioną do reprezentacji wskazano M. M. z zaznaczeniem stanowiska: „prezes”.

Podnieść jednak należy, że zamawiający dysponował Informacjami odpowiadającymi odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców w odniesieniu do wszystkich trzech członków konsorcjum, stąd nie stanowiło żadnej trudności ustalenie na podstawie tych „dokumentów źródłowych”, które osoby są uprawnione do reprezentacji Przedsiębiorstwa Geodezyjno-Kartograficznego Vertical Sp. z o.o.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zbędne jest składanie przez konsorcjum wyjaśnień co do osób uprawnionych do reprezentacji spółki Vertical, a także, że omyłka ta nie wymaga w świetle innych dokumentów, którymi dysponował zamawiający poprawienia. Takie podejście przy ocenie składanych przez wykonawców dokumentów byłoby zbyt rygorystyczne (zbyt formalistyczne) i nie sprzyjało ekonomice postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Skład orzekający Izby zauważa nadto, że nawet gdyby uznać, że zamawiający zaniechał wezwania konsorcjum do poprawienia błędu, to zaniechanie to pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Jak wskazano powyżej sposób reprezentacji spółki Vertical nie mógł budzić wątpliwości. Odwołujący nie podnosił także, iżby na tym tle zrodziły się u niego, czy u zamawiającego jakiegokolwiek wątpliwości.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum pomimo istnienia przesłanek do wykluczenia tego konsorcjum, względnie odrzucenia jego oferty, czym zamawiający naruszył przepis art. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

W konsekwencji uznania, iż zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia konsorcjum z udziału w postępowaniu oraz zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum z powodu zaferowania ceny rażąco niskiej nie potwierdziły się, skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się nie potwierdził się.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: